

Aufsatz StR

Prof. Dr. Christian Fahl

Das schwierige Verhältnis von § 246 StGB zu § 242 StGB

Christian Fahl: Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Greifswald.

I. Gesetzeshistorie

Früher war alles besser. Auch das Verhältnis von Diebstahl und Unterschlagung war klar, es war ein »Exklusivitätsverhältnis«¹. Entweder der Täter hatte die Sache, auf die sich die Zueignungsabsicht² bezog, bereits »in Besitz oder Gewahrsam«, dann handelte es sich um eine Unterschlagung³, oder er musste fremden Gewahrsam erst brechen und neuen eigenen⁴ Gewahrsam begründen – dann lag eine Wegnahme, mithin ein Diebstahl, vor. So weit, so gut. Allerdings gab es auch zwei oder drei ungelöste Probleme, die »Fundunterschlagung« oder die »Leichenfledderei« etwa. Der Wortlaut der Vorschrift (»Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat«) sprach dafür, dass die Gewahrsamserlangung der Zueignung zeitlich vorausgehen musste⁵. Bei der Fundunterschlagung – also wenn der Täter eine Sache aufhob, um sie sich zuzueignen – erfolgten Gewahrsamserlangung und Zueignung aber gleichzeitig, jedenfalls wenn man mit der h.M. »jede« Manifestation des Zueignungswillens⁶, also auch das Aufheben, als Zueignungshandlung genügen ließ – anders wenn man eine

»eindeutige« Handlung forderte, wofür das Aufheben und auch das Einstecken noch nicht reichen dürfte, weil es schließlich noch dazu dienen kann, die Sache ins Fundbüro zu tragen, denn dann folgt die Zueignung, z.B. das Benutzen oder Einsortieren in die eigenen Sachen, der Gewahrsamsbegründung nach⁷. Ebenso verhielt es sich bei der »Leichenfledderei«, also wo einem Toten dessen Sachen »weggenommen« werden – technisch kein Gewahrsamsbruch und damit keine Wegnahme, weil Tote keinen Gewahrsam, also die tatsächliche willensgetragene Sachherrschaft⁸, haben. Das Problem war aber beherrschbar. Es wurde mit der sog. kleinen berichtigenden Auslegung gelöst, wonach Gewahrsamserlangung und Zueignung zeitlich zusammenfallen konnten⁹.

Im Unterschied zur »kleinen« berichtigenden Auslegung wollte die »große berichtigende Auslegung« in der umstrittenen Gesetzespassage (»in Besitz oder Gewahrsam hat«) kein Tatbestandsmerkmal, sondern nur ein »schlecht formuliertes Abgrenzungskriterium« gegenüber dem Diebstahl sehen und jede »Zueignung ohne Gewahrsamsbruch« als Unterschlagung ansehen¹⁰. Damit wollte man den Fall erfassen, dass ein mittelbarer Besitzer die von ihm verliehene fremde Sache widerrechtlich an den Entleiher oder einen Dritten veräußerte. Beispiel: A hat von B ein Buch geliehen und an C weiterverliehen. Wenn A es dem C, der ihn für den Eigentümer hält, auf dessen Wunsch verkauft, so sollte das strafbar sein. Da nach der h.M. »Besitz« in § 246 StGB a.F. nicht wie im bürgerlichen Recht auszulegen, sondern dasselbe wie »Gewahrsam« war¹¹ und der bloß mittelbare Besitz gem. § 868 BGB nicht darunterfiel, war dieses Ergebnis nur mit der sog. großen berichtigenden Auslegung erreichbar. Diese wurde aber von der

1 Krit. zu dem Bemühen der Herstellung tatbestandlicher Exklusivität durch Auslegung *Fahl*, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe, 1996, S. 264f.

2 Die h.M. definiert »Zueignung« bei § 246 StGB unter Zuhilfenahme subjektiver Elemente als »Manifestation von Zueignungsabsicht« bzw. »Zueignungswillen«, s. *Fahl/Winkler*, Definitionen und Schema, 5. Aufl. 2013, § 246 Rn. 4.

3 § 246 Abs. 1 StGB a.F. lautete: »Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird...bestraft.«

4 Dass definitionsgemäß auch fremder Gewahrsam begründet werden kann, s. *Fahl/Winkler* (Fn. 2), § 242 Rn. 4, geht auf einen Sonderfall (RGSt 48, 58 m. Bespr. *Fahl*, JA 1995, 845, 846: »Gänsebuchtfall«) zurück und kann hier vernachlässigt werden.

5 So etwa *Ranft*, JA 1984, 277, 286; *Samson*, JA 1990, 5; *Schünemann*, JuS 1968, 114.

6 *Fahl/Winkler* (Fn. 2), § 246 Rn. 4.

7 Dieser Streit zwischen »enger« und »weiter« Manifestationstheorie um die sog. neutralen Handlungen existiert noch immer, s. *Fahl/Winkler*, Meinungsstreite, BT/2, 2. Aufl. 2012, § 246 Rn. 5.

8 *Fahl/Winkler* (Fn. 2), § 242 Rn. 5.

9 Siehe etwa *Lackner*, StGB, 20. Aufl. 1993, § 246 Rn. 3; *Wessels*, Strafrecht, BT 2, 19. Aufl. 1996, Rn. 274.

10 *Schmidhäuser*, Strafrecht, BT, 2. Aufl. 1983, 8/42; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 345.

11 *Lackner* (Fn. 9), § 246 Rn. 3.

h. M. als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG (Analogieverbot) abgelehnt¹². Nicht ganz zu Unrecht wandte *Schmidhäuser* dagegen ein, die präjudizielle Bezeichnung als »große berichtigende Auslegung« solle den Eindruck unzulässiger Analogie erwecken, in Wahrheit sei vielmehr von einer »extensiven Auslegung« zu sprechen, der Unterschied zur »kleinen berichtigenden Auslegung« bestehe nur darin, dass diese etwas »weniger extensiv« sei¹³.

Diese Probleme wollte der Gesetzgeber lösen, indem er auf die Gewahrsamsklausel in § 246 StGB kurzerhand verzichtete und die streitigen Worte über den Gewahrsam einfach herausstrich – mit der Folge, dass nunmehr in der versuchten Wegnahme schon eine vollendete Unterschlagung gesehen werden kann, mit allen misslichen Folgen, die das für die Rücktrittsmöglichkeiten des Täters hat¹⁴, und dass – zumindest dem Wortlaut nach – auch eine Unterschlagung begeht, wer einem Dritten telefonisch ihm nicht gehörende Sachen verkauft, die er weder »in Besitz oder Gewahrsam hat«, noch je in Besitz oder Gewahrsam nehmen kann oder will¹⁵. Wer von Köln aus ein in Berlin befindliches Fahrrad, das ihm nicht gehört, seiner Freundin in München schenkt, der schwindelt nur, wirkt aber »nicht in einer Weise auf das Eigentum ein, die den status quo zu Lasten des Eigentümers verändert«¹⁶. Wenn *Hillenkamp* sagt, das sei noch keine das »Fremdeigentum schon verletzende Willensbetätigung«, sondern nur die »Berühmung« des Eigentums, so hat er damit gewiss Recht. Aber das gilt auch in dem Fall, dass beide neben dem fremden Fahrrad stehen¹⁷, und sogar, wenn der Täter dabei geschickt das Schloss des Fahrrades öffnet, damit die Freundin damit losfahren kann – in diesem Falle könnte man sogar von einer »Drittzueignung« sprechen, die freilich in § 246 StGB a.F. ebenso wenig wie in § 242 StGB geregelt war.

Dass der Gesetzgeber nunmehr »die große berichtigende Auslegung in Gesetzesform gegossen« habe¹⁸, stimmt freilich nicht¹⁹. Denn auch nach der »großen berichtigenden Auslegung« bestand im Prinzip noch immer ein »Exklusivitätsverhältnis«, d.h. es lag entweder Diebstahl oder Unterschlagung, aber nicht beides, vor. Mit der

Neufassung ermöglichte der Gesetzgeber zwar die Ergebnisse der »kleinen« – Fundunterschlagung und Leichenfledderei sind jetzt kein Problem mehr – und »großen berichtigenden Auslegung«, ging aber selbst darüber noch hinaus. Denn anders als diese lässt das Gesetz nunmehr eine Unterschlagung auch zu, wenn sie durch Wegnahme erfolgt²⁰. Damit stellt sich die Frage, ob die Unterschlagung gem. § 246 StGB²¹ nun der Grundtatbestand und § 242 StGB die Qualifikation²² ist.

II. Unterschlagung als Grundtatbestand?

In der Tat liest man bei *Lesch*: »Demnach bildet die Unterschlagung gem. § 246 StGB n.F. nunmehr den *Grundtatbestand* aller Zueignungsdelikte.«²³ Durchgesetzt hat sich diese Meinung nicht. Die wohl h.M. spricht von einem »Auffangtatbestand«²⁴, den es freilich rein dogmatisch ebenso wenig geben dürfte wie einen Sondertatbestand in Form eines »delictum sui generis« – in gewisser Weise ist jedes Delikt »eigener Art«, etwa Nötigung und Erpressung, trotzdem »steckt« das eine in dem anderen; »Mord« ist nach der Rspr. ein »delictum sui generis«, in den Augen der Lit. aber eine »Qualifikation«²⁵.

Beispielhaft für die h.M. steht *Hillenkamp*: »§ 246 Abs. 1 StGB ist deshalb aber *nicht Grundtatbestand* aller Zueignungsdelikte. Vielmehr ist er als *Auffangtatbestand* zu verstehen.«²⁶

²⁰ MüKo-Hohmann, StGB, 2. Aufl. 2012, § 246 Rn. 6; Wessels/Hillenkamp (Fn. 16), Rn. 317; s. auch Cantzler, JA 2001, 567, 568; Gropp, JuS 1999, 1041, 1045.

²¹ Dazu, dass § 246 Abs. 1 StGB der Grundtatbestand zur Qualifikation des § 246 Abs. 2 StGB ist, s. das Aufbauschema bei Fahl/Winkler (Fn. 2), Vor § 246 Rn. 1 oder dies. (Fn. 7), § 246 Rn. 1.

²² Dazu, dass auch § 242 StGB wiederum Grundtatbestand für eine Reihe von Qualifikationen (darunter m.E. auch § 249 StGB) ist, s. das Schaubild bei Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, AT, 43. Aufl. 2013, Rn. 112 (wo § 246 StGB und § 249 StGB freilich als eigenständige Delikte aufgeführt sind).

²³ Lesch, JA 1998, 474, 477; ebenso Gehrman, Systematik und Grenzen der Zueignungsdelikte, 2002, S. 193; LPK/Kindhäuser, StGB, 5. Aufl. 2013, § 246 Rn. 3; NK-Kindhäuser, StGB, 4. Aufl. 2013, Vor § 242 Rn. 5; ders., Gössel-FS, S. 451, 467 f.; Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 39 Rn. 8; ders., JURA 1998, 550, 551: »in der Sache... Grundtatbestand«.

²⁴ Das tut auch der Gesetzgeber, vgl. BT-Drs. 13/7164, S. 44; 13/8587, S. 43.

²⁵ Vgl. Fahl/Winkler (Fn. 7), § 211 Rn. 2 – und das trotz der »Exklusivität« andeutenden Formulierung »ohne Mörder zu sein«.

²⁶ Wessels/Hillenkamp (Fn. 16), Rn. 307 – Hervorhebungen im Original; ebenso AnwK-Kretschmer, StGB, 2011, § 246 Rn. 1; Basak, GA

¹² Siehe etwa Lackner (Fn. 9), § 246 Rn. 3.

¹³ Schmidhäuser (Fn. 10), 8/42.

¹⁴ Vgl. LK-Vogel, StGB, 12. Aufl. 2010, § 246 Rn. 73.

¹⁵ Zum Streit Fahl/Winkler (Fn. 7), § 246 Rn. 10.

¹⁶ So Rengier, Strafrecht, BT 1, 15. Aufl. 2013, § 5 Rn. 31; i.E. auch Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, BT 2, 36. Aufl. 2013, Rn. 319.

¹⁷ Siehe dazu Fahl/Winkler (Fn. 7), § 246 Rn. 10.

¹⁸ Lesch, JA 1998, 474, 477; Schlüchter, Bochumer Erläuterungen zum 6. StrRG, 1998, § 246 Rn. 4.

¹⁹ Richtig Wessels/Hillenkamp (Fn. 16), Rn. 317; s. auch Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. StrRG 1998, S. 21.

Auf der Basis der »großen berichtigen Auslegung« hat seinerzeit schon *Schmidhäuser* die Auffassung vertreten, § 246 StGB sei »Grunddelikt« (aller Enteignungsdelikte)²⁷. Für die Prüfungsarbeit würde das bedeuten, dass man, getreu der Regel, den Grundtatbestand vor der Qualifikation zu prüfen²⁸, mit § 246 StGB zu beginnen hätte – nach der »Auffangthese« hingegen wäre § 246 StGB, falls überhaupt²⁹, am Schluss der Prüfung zu erwähnen³⁰. So weit, ihn tatbestandlich überhaupt nur (»auffangweise«) Platz greifen zu lassen, wenn andere Delikte nicht eingreifen, geht allerdings kaum jemand³¹. Aber wie lässt sich feststellen, ob ein Delikt ein Grundtatbestand und ein anderes Delikt eine Qualifikation davon ist?

Nach h.M. entstehen qualifizierende und privilegierende Abwandlungen (Qualifikationen und Privilegierungen) innerhalb der Strafvorschriften, die den Schutz eines bestimmten Rechtsguts bezwecken³², dadurch, dass »der Gesetzgeber den Grundtatbestand um *spezielle Merkmale* erweitert«³³. Nötig ist danach also zum einen ein Vergleich der Tatbestandsmerkmale (dazu sogleich) – andererseits spielt in die Frage der Feststellung von Grundtatbestand und Qualifikation offenbar die Frage der Spezialität (dazu unten) mit hinein. Vergleicht man die einzelnen Tatbestandsmerkmale miteinander, so sind Übereinstimmungen (»Wer«³⁴, »Sache«, »fremd«, »beweglich«, »sich oder einem anderen«), aber auch Unterschiede (»Wegnahme« bei § 242 StGB, »Zueignung« bei § 246 StGB – dafür »Zueig-

nungsabsicht« bei § 242 StGB, Vorsatz bzgl. Zueignung bei § 246 StGB) ersichtlich.

In diesen Unterschieden müssten sich die qualifizierenden Merkmale finden lassen. Als Qualifikationsmerkmal kommen demnach in objektiver Hinsicht die »Wegnahme« – und in subjektiver Hinsicht die »Zueignungsabsicht« in Betracht. Weit her ist es damit aber nicht, setzt doch die Zueignungsabsicht Absicht »im technischen Sinne« nur bzgl. der Aneignungskomponente und nicht bzgl. der Enteignungskomponente voraus³⁵. Diesbezüglich schrumpfen die Unterschiede daher auf ein kaum noch unterscheidbares Maß zusammen. Zwar verlangt die Unterschlagung nach h.M. im subjektiven Tatbestand lediglich Vorsatz³⁶, weshalb auch im objektiven Tatbestand die Zueignung besser nicht als »Manifestation der Zueignungsabsicht«³⁷ – obwohl das die Parallelität zum Diebstahl besser unterstreicht³⁸ – sondern als »Manifestation des Zueignungswillens«³⁹ definiert wird. Aber es ist kaum denkbar, dass einer Zueignungswillens »manifestiert«, der nicht Aneignungsabsicht hat⁴⁰.

Bleibt die »Wegnahme« als »qualifizierendes« Merkmal. So liest man etwa bei *Kindhäuser*, der Diebstahl qualifiziere die Unterschlagung unter der Voraussetzung, dass die Zueignung durch Wegnahme erfolge⁴¹. So kompliziert ist es in der Tat. Bei anderen Qualifikationen kommt einfach ein Qualifikationsmerkmal hinzu, z.B. die »Waffe« bei § 224 StGB. So einfach ist es im Verhältnis von Diebstahl und Unterschlagung aber nicht. Zwar kommt die »Wegnahme« hinzu, aber dafür fällt die »Zueignung« weg. Die »Wegnahme« qualifiziert den Diebstahl gegenüber der Unterschlagung also nur, wenn in jeder Wegnahme auch eine Zueignung steckt.

Nichts anderes ergibt sich, wenn man die Frage der Spezialität (siehe oben) mit in den Blick nimmt⁴². Es gibt

2003, 109, 122; *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 246 Rn. 2 (»Auffangnorm«); *HK-GS/Duttge*, StGB, 3. Aufl. 2013, § 246 Rn. 1; *Joecks*, StGB, 10. Aufl. 2012, § 246 Rn. 3; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. 2013, § 246 Rn. 1; *Matt/Renzikowski-Schmidt*, StGB, 2013, § 246 Rn. 1; *SSW-Kudlich*, StGB, 2. Aufl. 2014, § 246 Rn. 3; *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), StGB, 2010, § 246 Rn. 1; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), Rn. 112 – sibiyllinisch: *Schönke/Schröder-Eser/Bosch*, StGB, 28. Aufl. 2010, § 246 Rn. 1: »komme einem Grundtatbestand ... bzw. (?) Auffangtatbestand... nahe, ohne jedoch beides voll zu sein«.

27 *Schmidhäuser* (Fn. 10), 8/40.

28 Dazu *Fahl/Winkler* (Fn. 2), Univ. Falllösungsschema, Rn. 11.

29 Als »subsidiär« zurücktretende Delikte sollen nicht unbedingt erwähnt werden müssen, s. *Otto/Bosch*, Übungen im Strafrecht, 7. Aufl. 2010, S. 13; eher krit. *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht I, 6. Aufl. 2013, Rn. 52.

30 Vgl. etwa *Beulke* (Fn. 29), Rn. 203; *Rengier* (Fn. 16), § 5 Rn. 4.

31 Ausnahme: *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, BT 2, 16. Aufl. 2012, Rn. 244.

32 *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), Rn. 107. – Das ist hier kein Problem: § 242 StGB und § 246 StGB »bezwecken« beide den Schutz desselben Rechtsgutes: Eigentum.

33 *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 22), Rn. 109.

34 »Wer« ist durchaus ein Tatbestandsmerkmal und verlangt, dass ein Mensch und nicht ein Tier handelt. – Bei der Subsumtion fällt das deshalb nicht auf, weil das meist unproblematisch ist, s. *Fahl/Winkler* (Fn. 2), Univ. Falllösungsschema, Rn. 18.

35 Vgl. *Fahl/Winkler* (Fn. 2), § 242 Rn. 7.

36 Statt vieler *SSW-Kudlich* (Fn. 26), § 246 Rn. 24; s. auch *Fahl/Winkler* (Fn. 2), Vor § 246 Rn. 1; a.A. *Küper*, Strafrecht, BT, Definitionen mit Erläuterungen, 8. Aufl. 2012, S. 486, mit dem aufschlussreichen Argument, die Anforderungen bei der Unterschlagung, die noch nicht einmal eine Wegnahme verlange, könnten »schwerlich geringer sein als beim Diebstahl«; zum Streit: *Fahl/Winkler* (Fn. 7), § 246 Rn. 11.

37 So aber *Küper* (Fn. 36), S. 487.

38 Die Elemente (Enteignung und Aneignung) sind ja dieselben, s. *Rengier* (Fn. 16), § 5 Rn. 6.

39 So etwa *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 16), Rn. 309f.; ebenso *Fahl/Winkler* (Fn. 2), § 246 Rn. 4.

40 Zu einem solchen (seltenen) Fall immerhin *Rengier* (Fn. 16), § 5 Rn. 18; zu einem anderen *Schlüchter* (Fn. 18), § 246 Rn. 5 (»Quasi-Dereliktionen«).

41 *LPK/Kindhäuser* (Fn. 23), Vor § 242 Rn. 2.

42 *Lesch*, JA 1998, 474, 477, spricht bei dem Verhältnis von § 242 StGB zu § 246 StGB n.F. – im Anschluss an die Terminologie von

zwei Wege festzustellen, ob eine Norm im Verhältnis zu einer anderen *lex specialis* ist. Eine Möglichkeit besteht darin, die Tatbestandsmerkmale anzuschauen. Danach ist die Strafvorschrift spezieller, die begriffsnotwendig alle Merkmale einer anderen Norm enthält plus ein oder mehrere speziellere Tatbestandsmerkmale⁴³. Das ist dasselbe Verfahren wie das zur Feststellung, ob eine Norm eine andere qualifiziert (siehe oben). Die andere Möglichkeit zur Feststellung von Spezialität besteht darin, auf die von einer Norm erfassten Sachverhalte zu schauen: Von Spezialität ist danach dann zu sprechen, wenn alle Sachverhalte, die die eine Norm (*lex specialis*) erfüllen, auch eine andere Norm (*lex generalis*) erfüllen.

In beiden Fällen entspricht die Spezialität dem Bild aus der Mengenlehre, in dem eine Menge eine andere vollständig in sich einschließt (Inklusion)⁴⁴. Nur in dem einen Fall bilden die Merkmale die Mengen. Dann schließt die merkmalsreichere *lex specialis* (großer Kreis) die merkmalsärmere *lex generalis* (kleiner Kreis) ein. Im anderen Fall ergibt sich das umgekehrte Bild: Der *lex generalis* kommt dabei der größere Kreis zu, weil sie alle Fälle der *lex specialis*, darüber hinaus aber auch weitere Fälle einschließt, die die *lex specialis* nicht erfasst. Das ist die exaktere Art der Feststellung der Spezialität⁴⁵. Gesucht wird also ein Fall, in dem § 242 StGB (Wegnahme), nicht aber § 246 StGB (Zueignung), erfüllt ist: Lässt sich ein solcher Fall finden, dann wäre bewiesen, dass § 242 StGB keine Qualifikation zu § 246 StGB ist und dass – umgekehrt – § 246 StGB nicht der Grundtatbestand zu § 242 StGB sein kann.

III. Die Subsidiaritätsklausel

Zuvor muss aber untersucht werden, ob nicht die sog. Subsidiaritätsklausel, die der Gesetzgeber gleichzeitig mit der Streichung der Gewahrsamsklausel in das Gesetz aufgenommen hat (§ 246 Abs. 1, letzter Halbsatz StGB: »wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist«), der These von Grundtatbestand und Qualifikation entgegensteht. Denn offenbar ist die Annahme einer Qualifikation aufs engste mit der Annahme von Spezialität verbunden (siehe oben), und üblicherweise wird zwischen Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion (als

den drei Formen der Gesetzeskonkurrenz) unterschieden⁴⁶.

Dann müsste die Subsidiaritätsklausel das Zusammentreffen von § 246 StGB und § 242 StGB überhaupt erst einmal erfassen. Das tut sie: § 242 StGB (»bis zu fünf Jahre«) hält im Vergleich zu § 246 Abs. 1 StGB (»bis zu drei Jahre«) die schwerere Strafandrohung bereit (bei gleicher oder geringerer Strafandrohung könnte von »Qualifikation« von vornherein keine Rede sein⁴⁷). Dass die Subsidiaritätsklausel aber nicht sämtliche Fälle des Zusammentreffens von § 246 StGB mit § 242 StGB erfasst, weiß man vom Streit um die Tatbestandsmäßigkeit der »wiederholten Zueignung«⁴⁸. Dieser, schon vor der Gesetzesänderung bestehende Streit, soll durch die Subsidiaritätsklausel unberührt geblieben sein⁴⁹. Folgt man in diesem Streit der sog. Konkurrenzlösung, so tritt § 246 StGB nach der h.M. im Wege der »mitbestraften Nachtat« (Fall der Konsumtion bei Tatmehrheit)⁵⁰ und nicht im Wege der Subsidiarität hinter § 242 StGB zurück.

Die »Subsidiarität« ist indes die schillerndste Erscheinungsform der Gesetzeskonkurrenz, wie sich schon daran zeigt, dass sie zwei ganz heterogene Erscheinungen miteinander verknüpft: die »formelle« (Subsidiaritätsklauseln) und die »materielle Subsidiarität«, z.B. echtes zum unechten Unterlassungsdelikt; Versuch zur Vollendung; Körperverletzung zur Tötung etc⁵¹. Gerade letzteres Beispiel erhellt, dass viele Fälle, die der Subsidiarität zugeschlagen werden, eigentlich Fälle der Spezialität sind: Wenn jede Tötung begriffsnotwendig als Durchgangsstadium die Körperverletzung umfasst, dann liegt eigentlich ein Einschluss (Inklusion) und damit Spezialität vor⁵².

Es steht dem Gesetzgeber aber frei, auch Fälle der Spezialität mit einer Subsidiaritätsklausel zu belegen, oder anders gewendet: jegliche Konkurrenzprobleme mit Hilfe der Anordnung formeller Subsidiarität der Diskussion zu entziehen⁵³. Von diesem Ausgangspunkt aus macht es keinen Unterschied, ob man nun das Grunddelikt im Wege

Jakobs – von »Spezialität kraft Beschreibungsintensität«; krit. dazu Fahl (Fn. 1), S. 277.

⁴³ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 22), Rn. 788.

⁴⁴ Vgl. Fahl, JA 1995, 655, 656.

⁴⁵ Fahl (Fn. 1), S. 270 ff.; zust. MüKo-v.Heintschel-Heinegg (Fn. 20), Vor § 52 Rn. 35.

⁴⁶ Ausführlich Fahl (Fn. 1), S. 253 ff.; s. auch dens., JA 1995, 654, 655; Fahl/Winkler, Meinungsstreite, AT und BT/1, 2. Aufl. 2013, § 52 Rn. 1.

⁴⁷ So zum Verhältnis von § 113 StGB zu § 240 StGB: Fahl, ZStW 2012, 311 ff.

⁴⁸ Zum Streit: Fahl/Winkler (Fn. 7), § 246 Rn. 9.

⁴⁹ Wessels/Hillenkamp (Fn. 16), Rn. 328 ff.; zweifelnd Murmann, NSTZ 1999, 14, 16.

⁵⁰ Vgl. Fahl, JA 1995, 655, 658 f.

⁵¹ Fahl (Fn. 1), S. 282; ders., JA 1995, 655, 656.

⁵² Fahl (Fn. 1), S. 284 m. w. N.

⁵³ Vgl. Fahl (Fn. 1), S. 279 f. – dazu, dass die materialen Hintergrund-erwägungen zur Subsidiaritätsklausel bei § 246 StGB eher dem Gedanken der Konsumtion als dem der Subsidiarität oder Spezialität entsprechen, Murmann, NSTZ 1999, 14, 16.

der Spezialität (*lex specialis derogat legi generali*) oder der Subsidiarität (*lex primaria derogat legi subsidiariae*) zurücktreten lässt. Und in diesem Sinne ist auch die Formulierung bei *Kindhäuser* zu lesen, als Grunddelikt zum Diebstahl trete § 246 StGB stets hinter § 242 StGB zurück und *ansonsten* sei § 246 StGB *jedenfalls formell subsidiär* zu allen gleichzeitig begangenen Eigentums- und Vermögensdelikten⁵⁴.

IV. Verwirklichung des § 242 StGB ohne gleichzeitige Mitverwirklichung des § 246 StGB?

Die Preisfrage bleibt also: Gibt es einen Fall, in dem § 242 StGB erfüllt ist, aber nicht zugleich § 246 StGB gegeben ist? Anders ausgedrückt: Kann man § 242 StGB überhaupt verwirklichen, ohne zugleich § 246 StGB mitzuverwirklichen? Nach langem Suchen meine ich einen Fall gefunden zu haben, in dem die Verwirklichung des § 242 StGB ohne § 246 StGB zumindest diskutabel erscheint: T entwendet O unbemerkt dessen EC-Karte mit Speicherchip (Geldkarte), den O mit 50 Euro aufgeladen hat. Damit kann man in Geschäften ohne Unterschrift oder Eingabe einer PIN bargeldlos bezahlen, einfach indem die Karte an ein Lesegerät gehalten und der Betrag davon abgebucht wird. T kauft damit Blumen im Werte von 6 Euro. Sodann legt T die Karte, auf der sich nun ein Guthaben von 44 Euro befindet, wie von Anfang an geplant, in einem unbeobachteten Moment wieder an ihren Platz zurück.

In einem solchen Fall liegt kein Betrug am Blumenhändler gem. § 263 StGB vor. Weder hat der Blumenhändler einen Schaden – den Schaden hat O, in dessen Lager der Blumenhändler aber nicht steht⁵⁵ – noch irrte er überhaupt: Irrtum ist eine Fehlvorstellung⁵⁶. Der Blumenhändler macht sich aber gar keine Vorstellung, sondern überließ das »Denken« der Maschine. Maschinen können nicht irren und demzufolge auch nicht getäuscht werden: *errare humanum est*. Manche nehmen an, dass in einem solchen Fall § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB (unbefugte Verwendung von Daten) verwirklicht ist⁵⁷ – so wie beim Abheben von einem

fremden Konto am Automaten⁵⁸. Doch das leuchtet nicht recht ein, weil nach der (wohl) herrschenden »betrugsspezifischen Ansicht« zu fragen ist, ob ein Mensch an der Stelle des Computers getäuscht worden wäre, und das »elektronische Geld«⁵⁹ wie Bargeld sein soll, bei dem sich auch niemand Gedanken darüber zu machen braucht oder auch nur im Sinne eines »sachgedanklichen Mitbewusstseins« hegt, wie einer daran gekommen ist⁶⁰.

Aber das ist nicht schlimm, weil schließlich § 242 StGB eingreift. Allerdings ist, was hier entscheidend ist, dabei zu differenzieren: Die Plastikkarte ist eine fremde, bewegliche Sache. Die »Daten« darauf sind keine »Sache«. Denn Sachen sind nur »körperliche Gegenstände«⁶¹. Daten sind aber nicht körperlich. Daten kann man nicht wegnehmen, die Plastikkarte schon. Diese hat T »weggenommen«, nämlich ohne Willen des O neuen Gewahrsam daran begründet, als er damit zum Blumenladen gegangen ist⁶². Die (feste) Rückgabeabsicht lässt die Wegnahme unberührt, spielt aber eine Rolle auf der subjektiven Tatbestandsseite bei der »Zueignungsabsicht«: Nach der sog. Substanztheorie läge ein Diebstahl nicht vor, weil der Täter die Sache selbst (die Substanz: Plastik) nicht behalten, sondern wieder zurückgeben wollte. Nach der »Sachwerttheorie« und der »Vereinigungstheorie« (h.M.)⁶³ hat der Täter dagegen einen Diebstahl begangen, weil er sich den von der Geldkarte repräsentierten »Sachwert« zueignet, d.h. angeeignet und den O diesbezüglich enteignet, hat – so wie in dem berühmten »Sparbuchfall«, in dem dem Sparbuch durch Abheben des auf dem Konto befindliche Guthabens der »Sachwert« entzogen und die Rückgabe des »nackten Papiers«, wenn man so will, einer »leeren Hülle«, unbeachtlich ist und am Diebstahl nichts ändert⁶⁴.

Nur am Rande sei erwähnt, dass nur eine solche Speicherkarte das Guthaben derart verkörpert. Eine EC-Karte

⁵⁴ LPK/Kindhäuser (Fn. 23), Vor § 242 Rn. 3.

⁵⁵ Vgl. Altenhain, JZ 1997, 752, 760; zur »Lagertheorie«: Fahl/Winkler (Fn. 7), § 263 Rn. 11.

⁵⁶ Vgl. Fahl/Winkler (Fn. 2), § 263 Rn. 3.

⁵⁷ Z.B. LK-Tiedemann/Valerius, StGB, 12. Aufl. 2012, § 263a Rn. 54, 98; Schmidt/Priebe, Strafrecht, BT 2, 12. Aufl. 2013, Rn. 694; Schnabel,

NSStZ 2005, 18, 20 mit komplizierten Konkurrenzüberlegungen im Folgenden; a.A. Altenhain, JZ 1997, 752, 760 (weil die Grundsätze der »Lagertheorie« auch im Rahmen des § 263a StGB Geltung beanspruchen).

⁵⁸ Dazu Fahl/Winkler (Fn. 7), § 263a Rn. 11.

⁵⁹ Vgl. § 675i BGB.

⁶⁰ Dazu Fahl/Winkler (Fn. 7), § 263a Rn. 19.

⁶¹ Fahl/Winkler (Fn. 2), § 242 Rn. 1.

⁶² Definition der »Wegnahme« bei Fahl/Winkler (Fn. 2), § 242 Rn. 4 – von »Bruch« a.a.O., § 242 Rn. 6 und von »Gewahrsam« a.a.O. § 242 Rn. 5.

⁶³ Zu diesem Streit Fahl/Winkler (Fn. 2), § 242 Rn. 16.

⁶⁴ Dazu Wessels/Hillenkamp (Fn. 16), Rn. 174; insoweit a.A. etwa Otto (Fn. 23), § 40 Rn. 64; zur »Geldkarte«: Altenhain, JZ 1997, 752, 760; Lackner/Kühl (Fn. 26), § 242 Rn. 23; Schnabel, NSStZ 2005, 18, 19; LK-Vogel (Fn. 14), § 242 Rn. 164; abw. Mikolajczyk, Der Zueignungsbegriff des Unterschlagungstatbestandes, 2005, S. 79; differenzierend Ensenbach, ZStW 2012, 343, 363f.

ohne solche Speicherfunktion »verkörpert« nicht den auf dem Konto befindlichen »Wert«. Bei der normalen EC-Karte handelt es sich vielmehr nur um so etwas wie einen »Schlüssel« zum Automaten⁶⁵. So wenig wie der Schlüssel zum Tresor aber den darin befindlichen »Schmuck« verkörpert, so wenig verkörpert die EC-Karte das Guthaben. – Freilich: Man könnte auch das durch einen Vergleich mit dem Portemonnaie bestreiten und sagen, so wenig wie das Portemonnaie die darin enthaltenen Geldscheine und -stücke »verkörpert«, so wenig »verkörpert« der Speicherchip das darauf gebuchte »elektronische Geld«. Doch dann ginge der Täter in unserem Fall ganz straflos aus, und das erscheint weder im Sparbuchfall noch bei der Geldkarte gerecht.

Überträgt man die Sachwerttheorie auf § 246 StGB, so ist konsequenterweise auch die »Zueignung des Sachwertes« der Karte anzunehmen, d.h. Unterschlagung gem. § 246 StGB im Sparbuchfall wie im Falle der Geldkarte zu bejahen⁶⁶. Das ist zwar folgerichtig, doch ist die Konstruktion einer »Sachwertunterschlagung« hier unnötig⁶⁷. Dass der Täter nicht straflos ausgehen soll und in Abgrenzung zum Betrug bzw. Computerbetrug daher wenigstens wegen Diebstahls schuldig gesprochen wird, ist noch einzusehen⁶⁸. Aber muss das deshalb auch als eine Unterschlagung angesehen werden, die im Wege der Gesetzeskonkurrenz ohnehin sogleich wieder dahinter zurücktritt?⁶⁹

⁶⁵ Statt vieler Wessels/Hillenkamp (Fn. 16), Rn. 180.

⁶⁶ Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht, BT, 5. Aufl. 2013, Rn. 221f. (Sparbuchfall); Schmidt/Priebe (Fn. 57), Rn. 694 (Geldkartenfall).

⁶⁷ Skeptisch gegenüber der Sachwerttheorie im Rahmen des § 246 StGB auch Duttge/Fahnenschmidt, ZStW 1998, 884, 896 f.; Otto, JURA 1998, 550, 552; zu Bedenken, die sich für den Zueignungsbegriff aus der Einbeziehung der Sachwerttheorie im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) ergeben, etwa Kudlich, JuS 2001, 767, 768.

⁶⁸ Vgl. eindringlich Krey/Hellmann/Heinrich (Fn. 31), Rn. 66.

⁶⁹ Ob das auch für § 246 Abs. 2 StGB (»bis zu fünf Jahre«) gilt, ist problematisch, da § 242 StGB in einem solchen Fall keine »schwerere Strafe« androht, Rengier (Fn. 16), § 5 Rn. 68 a. E., doch kann dies hier vernachlässigt werden.

Wohlgermerkt: es geht nicht um die Unterschlagung des »Geldes«! Elektronischem Geld fehlt anders als Bargeld (Geldscheine und Geldstücke) die Körperlichkeit. Es handelt sich um Daten – Daten sind aber gerade keine Sachen (siehe oben). Man muss schon sagen, der Täter habe sich die Karte, nicht die darauf *befindlichen Daten*⁷⁰, zueignet. Das fällt semantisch schwer und unterscheidet die Lage vom Diebstahl, wo man lediglich festzustellen hat, dass der Täter die Karte weggenommen habe, in der Absicht, sich den durch sie verkörperten Sachwert zuzueignen.

V. Fazit

Folgt man dem, so gibt es zumindest einen Fall, in dem § 242 StGB und nicht § 246 StGB verwirklicht ist. Damit hätte die h.M. Recht, dass § 246 StGB nicht der Grundtatbestand zu § 246 StGB sein kann. Es bestünde das Konkurrenzverhältnis der Subsidiarität. Folgt man dem nicht und findet sich auch sonst kein Fall, in dem § 242 StGB nicht zusammen mit § 246 StGB verwirklicht ist, so liegt eigentlich nicht das Konkurrenzverhältnis der Subsidiarität, sondern Spezialität vor. Der § 242 StGB wäre also ein Spezialfall des § 246 StGB und dessen Qualifikation. Dem Gesetzgeber steht es aber frei, auch in einem solchen Fall zur Subsidiaritätsklausel zu greifen. Man kann dann von Subsidiarität aufgrund gesetzlicher Anordnung sprechen. Wie immer man sich also auch entscheidet, § 246 StGB ist wirklich subsidiär gegenüber § 242 StGB und man kann aufgrund dieser formellen Subsidiarität – so man will – auch von einem »Auffangtatbestand« reden.

⁷⁰ Dazu, dass das Bild freilich ohnehin so schief ist wie das »Abbucher« irgendeines »Etwas«, das Lesegerät erkennt lediglich eine Zahl, subtrahiert davon den Kaufpreis und überschreibt den Chip mit dem Ergebnis dieser Subtraktion, s. Schnabel, NSTZ 2005, 18.